



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2017

---

**Die Rechtsstaatlichkeit der FINMA-Watchlist: Bundesgerichtsurteil  
1C<sub>2</sub>14/2016 vom 22. Mrz 2017**

Grob, Thomas ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-147122>  
Journal Article

Originally published at:

Grob, Thomas; Von der Crone, Hans Caspar (2017). Die Rechtsstaatlichkeit der FINMA-Watchlist: Bundesgerichtsurteil 1C<sub>2</sub>14/2016 vom 22. Mrz 2017. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 89(6) 851 – 861.

# Die Rechtsstaatlichkeit der FINMA-Watchlist

## Bundesgerichtsurteil 1C\_214/2016 vom 22. März 2017

Mit Bemerkungen von Thomas Grob und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2016
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2017
- III. Bemerkungen
  - 1. Einleitung
  - 2. Schwerer Grundrechtseingriff
  - 3. Gesetzliche Grundlage
  - 4. Delegation im Kapitalmarktrecht
  - 5. Verfahrensfragen
- IV. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: FINMA, Beschwerdegegnerin) nahm im Jahr 2009 die Datensammlung «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsausübung» in Betrieb (nachfolgend: Watchlist). Im Zusammenhang mit der LIBOR-Affäre stellte die FINMA am 14. Dezember 2012 im Rahmen eines Verwaltungsverfahren schwere Verstösse der UBS AG<sup>1</sup> gegen das schweizerische Finanzmarktrecht fest und ergriff entsprechende Massnahmen. A. (nachfolgend: Beschwerdeführer), der damals für die UBS AG als Kadermitglied tätig war, wurde am 30. Mai 2013 von der FINMA informiert, dass er in die Datensammlung «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsausübung» eingetragen wurde, da er für die finanzmarktrechtlichen Beanstandungen mitverantwortlich sei. Dabei informierte die FINMA A. über den genauen Wortlaut des Eintrags, der folgendermassen lautete: «(...) *Höchste Person nachweislich involviert in Zinsmanipulationen. UBS trennte sich von ihm.*» Im Anschluss an ein durch A. gestelltes ergänzendes Einsichts- und Auskunftsgesuch setzte die FINMA A. darüber in Kenntnis, dass der Eintrag in dem Sinne abgeschwächt wurde, als er nun nicht

mehr «nachweislich» in Zinsmanipulationen involviert sei. Darauf beantragte A. am 22. April 2014 die Unterlassung jeder weiteren Bearbeitung seiner Personendaten durch die FINMA sowie die vollumfängliche Löschung sämtlicher in die Watchlist aufgenommenen Daten. Auch eine nochmals weiter abgeschwächte Formulierung des Eintrags lehnte A. ab und verlangte daraufhin den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Mit Verfügung vom 5. September 2014 wies die FINMA das Gesuch von A. um Löschung der Daten in der Datensammlung sowie auf Unterlassen jeder weiteren Datenbearbeitung ab und trat im Weiteren nicht auf das Gesuch ein. Die FINMA begründete ihren Entscheid im Wesentlichen mit dem Umstand, dass sie beim Verwaltungsverfahren gegen die UBS AG auf Unterlagen gestossen sei, welche Zweifel an der Gewähr von A. bezüglich künftiger Gewährspositionen bei einem beaufsichtigten Institut erwecken könnten. Gegen diese Verfügung der FINMA erhob A. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil vom 16. März 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vollumfänglich ab. Hiergegen gelangte A. mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht. Mit Urteil vom 22. März 2017 wurde die Beschwerde gutgeheissen, soweit das Bundesgericht darauf eintrat und die FINMA wurde angewiesen, die Daten über A. aus der Watchlist zu löschen.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2016

Zunächst hält das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes im Zusammenhang mit Watchlist-Einträgen fest. Bei der FINMA handle es sich um ein Bundesorgan im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG und Art. 3 lit. h DSG; die Watchlist stelle eine Datensammlung im Sinne von Art. 3 lit. g DSG dar.<sup>2</sup> Gemäss Art. 17 Abs. 2 DSG muss die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein. Inwiefern es sich bei den Daten über A. um besonders schützenswerte Personendaten oder ein eigentliches Persönlichkeitsprofil handelt, sei fraglich, könne vorlie-

\* MLaw Thomas Grob und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

<sup>1</sup> Der Name der involvierten Bank ist bekannt, siehe Bundesgericht, Finma muss Fiche über Ex-UBS-Manager löschen, NZZ-Online vom 22. März 2017.

<sup>2</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 2.1.

gend aber offengelassen werden.<sup>3</sup> Art. 23 Abs. 1 FINMAG erlaube der FINMA die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile, um ihrer Verpflichtung zur Überprüfung des Gewährserfordernisses nachzukommen.<sup>4</sup> Aus diesem Grund sei das in Art. 17 Abs. 2 DSG vorgesehene Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage erfüllt. Darüber hinaus enthalte die Bestimmung eine ausdrückliche Delegation zur Regelung weiterer Einzelheiten.<sup>5</sup> Ferner dürfe die FINMA gestützt auf Art. 23 Abs. 1 FINMAG auch Daten von Personen erheben und bearbeiten, die nicht selber der Aufsicht der FINMA unterstellt sind oder in einem Aufsichtsverfahren Parteistellung hatten.<sup>6</sup>

Mit der Aufnahme der Daten über den Beschwerdeführer habe die FINMA den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten.<sup>7</sup> Die Datenverordnung-FINMA enthalte in Art. 3 einen Katalog von Daten, die in die Datensammlung aufgenommen werden dürfen.<sup>8</sup> Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergebe sich nicht eindeutig, ob es sich um eine abschliessende Liste handle oder nicht.<sup>9</sup> Aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen sei die Auflistung allerdings als nicht abschliessend zu verstehen.<sup>10</sup> In die Datensammlung dürften deshalb nicht nur die in Art. 3 Datenverordnung-FINMA aufgelisteten Daten, sondern alle Daten aufgenommen werden, welche im Hinblick auf eine künftige Gewährsbeurteilung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit von Relevanz sein könnten.<sup>11</sup>

In der Watchlist dürften auch Verdachtsmomente dokumentiert werden, die noch nicht rechtskräftig abgeklärt seien. Dies ergebe sich aus der Definition des Gegenstands der Datensammlung in Art. 1 Abs. 1 Datenverordnung-FINMA, wonach Daten von «Personen, deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zweifelhaft oder nicht gegeben sei» aufgenommen werden dürfen.<sup>12</sup>

Auf die von A. geltend gemachte Rüge der Verletzung diverser Grundrechte ist das Bundesverwal-

tungsgericht nicht eingetreten. Als Begründung führte das Gericht an, diese Vorbringen seien nicht vom Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens gedeckt.<sup>13</sup>

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2017

Vor Bundesgericht beantragte der Beschwerdeführer, die FINMA sei anzuweisen, jede weitere Bearbeitung von ihm betreffenden Personendaten im Rahmen der Watchlist zu unterlassen und sämtliche ihn betreffenden darin aufgenommenen Daten unverzüglich vollumfänglich zu vernichten bzw. zu löschen.

### 2.1 Schwerer Grundrechtseingriff

Zunächst stellte das Bundesgericht fest, dass die über A. gesammelten Daten einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen. Zwar stellt das Bundesgericht nicht infrage, dass die Watchlist lediglich dem internen Wissensmanagement der FINMA diene. Allerdings können die Einträge in der Watchlist die Grundlage für ein eventuelles Berufsverbot oder anderweitige Beschränkungen der Erwerbstätigkeit im Bereich des Finanzmarktrechts bilden.<sup>14</sup> So hätten Betroffene mit erheblichen Schwierigkeiten bei einem allfälligen neuen Stellenantritt zu rechnen, «ohne dass dazu je ein korrektes konkretes Verfahren durchgeführt worden wäre, in dem sie sich gegen die gesammelten Verdachtsmomente hätten wehren können».<sup>15</sup> Darüber hinaus betonte das Bundesgericht die lange Aufbewahrungsdauer der Daten von zehn Jahren seit dem letzten Eintrag, was im Ergebnis einer «Vorratshaltung von Daten auf Dauer» gleichkomme.<sup>16</sup> Einen weiteren Anlass zu Kritik durch das Bundesgericht bot der Umstand, wonach sich in der Datenverordnung-FINMA keine Bestimmung finde, welche die FINMA verpflichten würde, Betroffene von Amtes wegen über einen Eintrag zu informieren.<sup>17</sup>

All diese Zusammenhänge würden die Schwere des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterstreichen. Für solch schwerwie-

<sup>3</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 2.3.

<sup>4</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 2.4.3.

<sup>5</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 2.4.1.

<sup>6</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 2.4.3.

<sup>7</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 3.2.

<sup>8</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 3.1.

<sup>9</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 3.1.1.

<sup>10</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 3.1.2 f.

<sup>11</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 3.1.4.

<sup>12</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 4.2.

<sup>13</sup> BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 5.2.

<sup>14</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.1.

<sup>15</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.3, 4.6.

<sup>16</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.5.

<sup>17</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.7.

gende Eingriffe sei eine Grundlage in einem formellen Gesetz notwendig.<sup>18</sup> Ebenso läge ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor, wobei das Bundesgericht offenliess, ob es sich ebenfalls um einen schweren Eingriff in dieses Grundrecht handelt.<sup>19</sup>

## 2.2 Gesetzliche Grundlage

Das Bundesgericht weist zunächst darauf hin, dass erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen seien, weil die demokratische Herleitung des Ordnungsrechts im Rahmen von FINMA-Verordnungen im Vergleich zu bundesrätlichen Verordnungen zusätzlich abgeschwächt sei.<sup>20</sup> Mit dem in Art. 23 Abs. 1 FINMAG vorgesehenen Bearbeiten von Persönlichkeitsprofilen sei das Sammeln und Aufbewahren entsprechender Daten im Gesetz grundsätzlich vorgesehen.<sup>21</sup> Die fragliche Liste habe zum Ziel, sicherzustellen, dass die mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten. Die Sicherstellung der Gewähr sei ein Zweck, der auch in der Mehrheit der Finanzmarktgesetze teilweise sogar ausdrückliche Erwähnung finde. Ferner hätten die Ereignisse auf den Finanzmärkten zu Beginn des 21. Jahrhunderts aufgezeigt, dass «eine strikte Kontrolle des Geschäftsgebarens» notwendig sei. Aus diesen Gründen sei die Watchlist in Art. 23 Abs. 1 FINMAG ausreichend angelegt.<sup>22</sup>

## 2.3 Qualität der Daten

Anders als die Vorinstanz kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der in Art. 3 Datenverordnung-FINMA enthaltene Katalog als abschliessend zu lesen sei, was sich überwiegend aus dem Wortlaut und dem Detaillierungsgrad der Bestimmung ergebe.<sup>23</sup> Vorliegend würden die Einträge über A. hauptsächlich «Unterlagen mit Verdachtselementen» enthalten, die zu einem grossen Teil aus dem Verwaltungungsverfahren gegen die frühere Bank des Beschwerdeführers stammten, in dem dieser keine Parteistellung innehatte. Solche nicht erhärteten Angaben seien nicht in der Auflistung von Art. 3 Datenverordnung-FINMA

enthalten, weshalb sich die Aufnahme und das Sammeln solcher Informationen auf keine rechtmässige Grundlage zurückführen lasse und sich deshalb als bundesrechtswidrig erweise.<sup>24</sup>

Laut Bundesgericht lasse sich aus Art. 23 Abs. 1 FINMAG «nicht eine einzig auf Verdachtsmomenten beruhende Vorratshaltung von Daten herleiten».<sup>25</sup> Grundsätzlich seien lediglich erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zur Geschäftstätigkeit vom formellen Gesetz gedeckt. Laut dem Gericht zählen dazu Angaben «aus mit Parteirechten verbundenen Verfahren, namentlich Straf- und Administrativ- sowie Aufsichts- und Disziplinarverfahren, oder aus weiteren zuverlässigen Quellen». Unzulässig sei demgegenüber die Sammlung von blossen Vermutungen, Anschuldigungen und unbelegten Verdächtigungen.<sup>26</sup>

## III. Bemerkungen

### 1. Einleitung

#### 1.1 Beurteilung des Entscheides

Im Zentrum des vorliegenden Entscheides steht die Frage nach dem Umfang der gesetzlichen Grundlage für die Datensammlung «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsausübung». Mit dem vorliegenden Urteil bestätigt das Bundesgericht die FINMA in ihrem Konzept des Führens einer «Überwachungsliste». Die FINMA kann die Watchlist auch künftig als Hilfsmittel für ihr internes Wissensmanagement verwenden, um sicherzustellen, dass Personen in Kaderpositionen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen bieten. Ursprünglich hätte die Watchlist auch «potenziell belastende, aber noch ungeprüfte Informationen» enthalten können sollen, «*die für die Beurteilung der Gewähr relevant sein könnten*».<sup>27</sup> Das Bundesgericht kommt demgegenüber zum Schluss, die Aufnahme solcher ungeprüften Informationen sei nicht durch die gesetzliche Grundlage abgedeckt. Dabei äussert sich das Bundesgericht allerdings nicht zur Frage, wie die Watchlist unter diesen Rahmenbe-

<sup>18</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.8.

<sup>19</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 5.

<sup>20</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 6.2.

<sup>21</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 6.5.2.

<sup>22</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 6.5.2.

<sup>23</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 7.2.2.

<sup>24</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 7.3.

<sup>25</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 6.5.3.

<sup>26</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 6.5.3.

<sup>27</sup> Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner et al., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, 80.

dingungen effizient weitergeführt werden könnte. Das Bundesgericht liess auch offen, wie die Datenverordnung-FINMA im Detail anzupassen wäre und belass der Aufsichtsbehörde in dieser Hinsicht einen gewissen Spielraum. Dies wird mitunter daraus ersichtlich, dass laut Bundesgericht als erhärtete Angaben solche gelten, die «aus mit Parteirechten verbundenen Verfahren, namentlich Straf- und Administrativ- sowie Aufsichts- und Disziplinarverfahren, oder aus weiteren zuverlässigen Quellen» stammen.<sup>28</sup> Das letztgenannte Kriterium «aus weiteren zuverlässigen Quellen» zeigt, dass das Bundesgericht der FINMA bezüglich der Abgrenzungen der zuverlässigen Informationsquellen einen gewissen Ermessensspielraum zugesteht.

## 1.2 Auswirkungen

Die FINMA reagierte auf den vorliegenden Entscheid, indem sie via Medienmitteilung darüber informierte, dass sie ihre Datenverordnung überarbeitet und gewisse Bestimmungen angepasst hat.<sup>29</sup> In der revidierten Fassung der Verordnung wird der Gegenstand enger gefasst.<sup>30</sup> Aufgrund der neuen Formulierung konzentriert sich die Watchlist auf rechtskräftig abgeklärte Verdachtsmomente. Zu den weiteren wichtigen Änderungen gehört neben einer präziseren Umschreibung des Inhalts der zulässigen Daten die Verpflichtung der FINMA, Betroffene von Amtes wegen über einen Eintrag zu informieren.<sup>31</sup> Neu darf die Watchlist gemäss den Anpassungen nebst Erkenntnissen aus formellen Verfahren ausdrücklich auch Berichte und Entscheide von Selbstregulierungsorganisationen oder Standesorganisationen<sup>32</sup> sowie Berichte über interne Prüfungen und Untersuchungen von Beaufsichtigten enthalten.<sup>33</sup>

## 2. Schwerer Grundrechtseingriff

### 2.1 Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Sowohl die Rechtsprechung als auch die herrschende Lehre leiten aus dem in Art. 13 Abs. 2 BV verankerten

Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ab.<sup>34</sup> Der daraus fliessende grundrechtliche Anspruch auf Datenschutz betrifft jeden Umgang mit personenbezogenen Daten, worunter auch das blosser Aufbewahren fällt.<sup>35</sup> Die datenschutzrechtliche Relevanz von Einträgen in die Watchlist ergibt sich bereits daraus, dass Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes durch die FINMA als staatliche Behörde gesammelt und aufbewahrt werden. Weil Einträge in der Watchlist die Beurteilung von wesentlichen Aspekten der Persönlichkeit der Betroffenen erlauben, stellt die Liste gar ein eigentliches Persönlichkeitsprofil im Sinne von Art. 3 lit. d DSG dar.<sup>36</sup>

Als besonders problematisch erweist sich die lange Aufbewahrungsdauer der gesammelten Daten. Gemäss Art. 9 Abs. 1 Datenverordnung-FINMA werden die Informationen während zehn Jahren nach dem letzten Eintrag aufbewahrt. Da die Frist mit neuen Einträgen jeweils von Neuem zu laufen beginnt, kann sich ein Eintrag unter Umständen auf die ganze Dauer der Erwerbstätigkeit einer Person erstrecken.<sup>37</sup> Hinzu kommt, dass nach einer gewissen Dauer der Nutzen von sehr lange aufbewahrten Daten für die Beurteilung der Gewähr in Zweifel gezogen werden darf. Bedauernswerterweise hat die FINMA bei ihrer Revision der Verordnung keine Änderungen an dieser Bestimmung vorgenommen. Durch eine Verkürzung der Aufbewahrungsdauer wäre die Intensität des Eingriffs substantiell reduziert worden. Jedenfalls wäre aber schon die blosser Verpflichtung der FINMA, die Einträge von Amtes wegen periodisch auf ihren Aussagegehalt sowie ihre Aktualität zu überprüfen, aus datenschutzrechtlicher Sicht zu begrüssen gewesen. Man hätte sich dabei am Modell der Verfahrensbeendigung der gesetzlich nicht geregelten Vorabklärung orientieren können. Am Ende solcher Vorabklärungen eröffnet die FINMA ein eingerei-

<sup>28</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 6.5.3.

<sup>29</sup> Abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2017/09/20170905-mm-datenverordnung/>>.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 1 Datenverordnung-FINMA.

<sup>31</sup> Art. 5a Datenverordnung-FINMA.

<sup>32</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. g Datenverordnung-FINMA.

<sup>33</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. j Datenverordnung-FINMA.

<sup>34</sup> BGE 140 I 2, E. 9.1; 138 II 346, E. 8.2; *Stephan Breitenmoser/Rainer J. Schweizer*, in: Bernhard Ehrenzeller et al., *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV I-Bearbeiter), N 72 zu Art. 13 Abs. 2; *Giovanni Biaggini*, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Zürich 2007, N 11 zu Art. 13.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 3 lit. e DSG; BGE 129 I 249, E. 1.2; BGer 1P.362/2006, E. 2; BGE 133 I 77, E. 3.2; SGK BV I-Breitenmoser/Schweizer (Fn. 34), N 74 zu Art. 13.

<sup>36</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.4.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 Datenverordnung-FINMA.



fendes Verwaltungsverfahren oder sie verfügt bei Ergebnislosigkeit die Einstellung der Untersuchung ohne weitere Folgen.<sup>38</sup> Im Ergebnis hätte sich so eine bedeutend weniger invasive Gewährungsabklärung realisieren lassen.

## 2.2 Wirtschaftsfreiheit

Der in Art. 27 BV statuierte Schutz der Wirtschaftsfreiheit bezweckt den grundrechtlichen Schutz jeder auf Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens gerichteten privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.<sup>39</sup> Ein bedeutender Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit umfasst die Freiheit der Berufswahl und des Berufszugangs sowie die Freiheit der Berufsausübung.<sup>40</sup>

Obwohl ein Eintrag in die Watchlist nicht als Rechtsakt zu qualifizieren ist,<sup>41</sup> schränkt sie die Freiheit der Berufswahl in schwerwiegender Weise ein. Zwar darf die Bedeutung der Liste wegen des nicht rechtsverbindlichen Charakters des Eintrags nicht überhöht werden. Insbesondere wäre zuerst noch in einem formellen Verfahren zu klären, ob dem Betroffenen tatsächlich ein Fehlverhalten vorzuwerfen ist. Dennoch hängt mit einem Listeneintrag eine gewisse vorverurteilende Wirkung zusammen. Das Bundesgericht führt dazu an, dass die Watchlist «im Sinne einer Vorstufe die Grundlage für ein eventuelles Berufsverbot oder jedenfalls für Beschränkungen der Erwerbstätigkeit im Bereich des Finanzmarktes» bilden könne.<sup>42</sup> Im Ergebnis jedenfalls hat der Eintrag in die Watchlist faktisch weitreichende Bedeutung für die Freiheit des Betroffenen in seiner beruflichen Entfaltung, hat er doch beim Antritt einer neuen Gewährsposition aus arbeitsrechtlichen Gründen mit erheblichen Schwierigkeiten zu rechnen.

Im Rahmen von Gesprächen bezüglich des Antritts einer Gewährsposition ist nicht davon auszugehen, dass der vom Eintrag Betroffene bei einer allfälligen Frage nach einem hängigen Verfahren bei der FINMA vom sogenannten «Notwehrrecht der Lüge» Gebrauch machen könnte. Dies liegt einerseits daran,

dass die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen von dem konkreten Arbeitsverhältnis abhängig ist.<sup>43</sup> Andererseits wird im Hinblick auf Personen in leitenden Stellungen auch bezüglich der Auskunftspflicht der Bewerber ein strengerer Massstab angewandt.<sup>44</sup> Hat der Betroffene Kenntnis vom Watchlist-Eintrag, wird er diesen potentiellen künftigen Arbeitgebern im Rahmen des Anstellungsprozesses deshalb offenzulegen haben. Aus nachvollziehbaren Gründen wird ein Arbeitgeber in den meisten dieser Fälle von einer Anstellung absehen, da – wie das Bundesgericht treffend ausführt – bereits die Möglichkeit eines langwierigen Verfahrens zur Gewährsprüfung eine erhebliche abschreckende Wirkung entfalten dürfte.<sup>45</sup> Die aus rechtsstaatlicher Sicht bedenkliche Folge besteht darin, dass der Betroffene *de facto* mit einem Berufsverbot belegt ist, obwohl kein rechtskräftiger Entscheid hierüber ergangen ist.

## 2.3 Fazit

Einträge in die Watchlist stellen schwerwiegende Grundrechtseingriffe für die Betroffenen dar. Indem das Bundesgericht die grundsätzliche Zulässigkeit der Watchlist anerkennt, nimmt es in Kauf, dass im Falle eines Eintrags der Zugang zu einer Gewährsposition für den Betroffenen künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit verwehrt wird. Das Bundesgericht hat erkannt, dass sich solch einschneidende Konsequenzen kaum rechtfertigen lassen, wenn sich diese auf nicht erhärtete Angaben stützen. Mit dem vorliegenden Urteil und der Einführung erhöhter Anforderungen an die Inhalte der Watchlist hat das Bundesgericht diese Problematik massgeblich entschärft, weil sich die Eingriffe nun auf gesicherte Informationen zurückführen lassen.

## 3. Gesetzliche Grundlage

Einschränkungen sowohl des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als auch des Rechts auf Wirt-

<sup>38</sup> André E. Lebrecht, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basel 2011 (zit. BSK FINMAG/BEHG-Bearbeiter), N 9 zu Art. 53 FINMAG.

<sup>39</sup> BGE 131 I 333, E. 4.

<sup>40</sup> Art. 27 Abs. 2 BV.

<sup>41</sup> Hierzu III.5.1.

<sup>42</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2016, E. 4.1.

<sup>43</sup> Manfred Rehinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 69.

<sup>44</sup> Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 9 zu Art. 320.

<sup>45</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2016, E. 4.6.

schaftsfreiheit messen sich primär anhand der Schranken von Art. 36 BV.<sup>46</sup> Grundrechtseingriffe sind demnach zulässig, wenn sie kumulativ auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sind.<sup>47</sup> Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht beschäftigten sich eingehend mit der Frage, ob die in der Watchlist angelegte Datensammlung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe.

### 3.1 Watchlist

Im Rahmen der Untersuchung der gesetzlichen Grundlage gilt es, das Erfordernis des Rechtssatzes von jenem der Gesetzesform zu unterscheiden.<sup>48</sup> Das Erfordernis der Gesetzesform verlangt für schwerwiegende Grundrechtseingriffe eine Grundlage in einem formellen Gesetz.<sup>49</sup> Für das Bearbeiten besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile antizipiert das Datenschutzgesetz bereits das Vorliegen eines schweren Eingriffs.<sup>50</sup> Mit der in Art. 23 Abs. 1 FINMAG enthaltenen Ermächtigung wird dem Erfordernis der Gesetzesform genüge getan. Die Watchlist findet jedoch weder in Art. 23 Abs. 1 FINMAG noch in der bundesrätlichen Botschaft eine ausdrückliche Erwähnung, weshalb sich die Frage nach der genügenden Bestimmtheit aufdrängt.<sup>51</sup> Das Erfordernis des Rechtssatzes verlangt nämlich das Bestehen einer generell-abstrakten Norm, welche hinreichend bestimmt ist.<sup>52</sup> Die Bestimmung soll laut Bundesgericht so präzise formuliert sein, dass der Einzelne «die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen ent-

sprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».<sup>53</sup> Dadurch soll insbesondere dem Gebot der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit Rechnung getragen werden.<sup>54</sup>

Nach Ansicht des Bundesgerichts erfüllt Art. 23 Abs. 1 FINMAG diese Anforderungen und stellt damit eine genügende gesetzliche Grundlage für das Führen der Watchlist dar. Das Gericht geht damit nicht auf das Vorbringen des Beschwerdeführers ein, wonach der Gesetzgeber verschiedene andere Datensammlungen im jeweils massgeblichen Finanzmarktgesetz selbst ausdrücklich genannt habe, die Watchlist als solche in Art. 23 Abs. 1 FINMAG aber nicht ausdrücklich erwähnt werde.<sup>55</sup> Dadurch ist das Bundesgericht kohärent mit seiner älteren Rechtsprechung, wonach die Frage, inwieweit die FINMA (bzw. EBK) ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen erfüllt, «weitgehend ihrem technischen Ermessen» anheimgestellt sei.<sup>56</sup>

### 3.2 Verdachtsmomente

Die Ansicht des Bundesgerichts überzeugt, wonach die extensive Interpretation von Art. 3 Datenverordnung-FINMA den Rahmen der an die FINMA delegierten Rechtsetzungskompetenz überschreitet. Im Rahmen der Auslegung von Verordnungsbestimmungen ist der Verordnung jener Rechtssinn beizumessen, welcher (am besten) mit der Verfassung übereinstimmt.<sup>57</sup> Des Weiteren muss die Auslegung von Verordnungsrecht gesetzeskonform erfolgen.<sup>58</sup> Neben den gesetzgeberischen Anordnungen und Wertungen ist auch der (hier durch Art. 23 Abs. 1 FINMAG) eingeräumte Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen.<sup>59</sup> Indem es der FINMA bei ihrer Auslegung gewisse Schranken auferlegt, signalisiert das Bundesgericht, dass die verfassungsmässigen Anforderungen zu einer restriktiven Auslegung der FINMA-Verordnung Anlass geben müssen.

<sup>46</sup> Vgl. zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung SGK BV I-Breitenmoser/Schweizer (Fn. 34), N 79 ff. zu Art. 13; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 170; zur Wirtschaftsfreiheit siehe René Rhinow et al., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 N 87 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 36 Abs. 1–3 BV.

<sup>48</sup> SGK BV I-Schindler/Tschumi (Fn. 34), N 32 ff. zu Art. 5.

<sup>49</sup> SGK BV I-Schindler/Tschumi (Fn. 34), N 36 zu Art. 5.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 2 DSG; Claudia Mund, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar, Bern 2015, N 11 zu Art. 17.

<sup>51</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2876.

<sup>52</sup> SGK BV I-Schweizer (Fn. 34), N 15 zu Art. 36.

<sup>53</sup> BGE 138 IV 13, E. 4.1; 117 Ia 472, E. 3; 109 Ia 283 m.w.H.

<sup>54</sup> BGE 138 I 378, E. 7.2; 128 I 327, E. 4.2; Regina Kiener/Walter Kälin, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, 100 f.

<sup>55</sup> Vgl. BVGer B-5796/2014 vom 16. März 2016, E. 2.

<sup>56</sup> BGE 135 II 356, E. 3.1.

<sup>57</sup> BGE 142 V 299, E. 5.1; 141 V 642, E. 4.2; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 151.

<sup>58</sup> BGE 142 V 299, E. 5.1.

<sup>59</sup> BGE 142 V 299, E. 5.1; 139 V 358, E. 3.1.

### 3.3 Erweiterung der Verordnung

Das Bundesgericht beliess es nicht bei der Feststellung, dass die FINMA mit der Aufnahme von Verdachtsmomenten ihre eigene Verordnung überschüssig interpretierte. In seinem Urteil schreibt es, die Watchlist «entspricht damit nicht Art. 3 Datenverordnung-FINMA und findet daher darin keine rechtmässige Grundlage, weshalb sie sich als bundesrechtswidrig erweist».<sup>60</sup> Diese Formulierung suggeriert, dass die über A. gesammelten Daten deswegen unzulässig sind, weil sie nicht Art. 3 Datenverordnung-FINMA entsprechen. Dies ist insofern unpräzise, als die vorliegend in die Watchlist aufgenommenen Inhalte nicht wegen einer fehlenden Abstützung in der Datenverordnung unzulässig sind. Vielmehr ergibt sich die Unzulässigkeit der Aufnahme der betreffenden Inhalte mit Verdachtselementen daraus, dass sich die Aufnahme nicht erhärteter Angaben nicht auf ein Gesetz in einem formellen Sinn (bzw. Art. 23 Abs. 1 FINMAG) abstützen lässt.

Daraus lässt sich Folgendes herleiten: Weil die Aufnahme ungeprüfter Informationen keine hinreichende Grundlage in Art. 23 Abs. 1 FINMAG findet, kann die FINMA nicht einfach ihre eigene Verordnung erweitern, um auf blossen Verdachtsmomenten beruhende Daten künftig dennoch aufnehmen zu dürfen, da ein solches Vorgehen gegen das Legalitätsprinzip verstossen würde. Das Sammeln von Verdachtsmomenten wäre somit nur zulässig, wenn der Gesetzgeber einer entsprechenden Gesetzesänderung zustimmen würde. Eine solche Anpassung würde sich aber erst aufdrängen, sofern sich das geltende Konzept der revidierten Datenverordnung als untauglich erweisen sollte.

### 3.4 Fazit

Es ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage für das Führen der Watchlist bejaht. Weil die FINMA im Rahmen von Gewährsprüfungen auf griffige Instrumente angewiesen ist, muss der FINMA bei der Auslegung von Art. 23 Abs. 1 FINMAG ein nicht unerheblicher Spielraum zugestanden werden. Durch die Watchlist wird das Wissensmanagement der Behörde zentralisiert, und der Zugriff auf sämtliche gewährsrelevanten Informationen kann jederzeit gewährleis-

tet werden. Damit deckt sich das behördliche Interesse an der Watchlist auch mit öffentlichen Interessen, weil dadurch das Risiko vermindert werden kann, dass gewährsgefährdende Umstände bei einer Gewährsprüfung übersehen werden.

## 4. Delegation im Kapitalmarktrecht

Wenngleich der Bundesrat vor einigen Jahren verlauten liess, dass es aus seiner Sicht gewährleistet sei, dass der FINMA bei ihrer Regulierung ein «ausreichender, aber auch nicht zu weitgehender Handlungsspielraum zur Verfügung steht»,<sup>61</sup> soll das vorliegende Urteil zum Anlass genommen werden, die mit der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen zusammenhängenden rechtsstaatlichen Probleme zu beleuchten.

### 4.1 Rechtsstaatlicher Rahmen

Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit ist eines der verfassungsprägenden Strukturprinzipien des schweizerischen Staatswesens.<sup>62</sup> Die materiellen Aspekte der Rechtsstaatlichkeit erfassen mitunter die Beachtung der Grundrechte, das Verhältnismässigkeitsprinzip oder auch die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben.<sup>63</sup> Zu den formellen Elementen des Rechtsstaats zählen neben dem Grundsatz der Gewaltenteilung und gerichtlichem Rechtsschutz das in Art. 5 Abs. 1 BV statuierte Legalitätsprinzip, wonach das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns bildet.<sup>64</sup> Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich einerseits das Erfordernis der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns für den Einzelnen sowie andererseits der Grundsatz, dass staatliches Handeln nicht gegen das Gesetz verstossen darf.<sup>65</sup> In enger Beziehung zum Legalitätsprinzip steht der in Art. 164 Abs. 1 BV festgeschriebene Grundsatz, wonach wichtige rechtsetzende Bestimmungen in einem Gesetz

<sup>60</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 7.3.

<sup>61</sup> Postulat 12.4095 (Graber) vom 11. Dezember 2012.

<sup>62</sup> Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 7 N 22.

<sup>63</sup> Astrid Epiney, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, N 22 zu Art. 5.

<sup>64</sup> BSK BV-Epiney (Fn. 63), N 21 zu Art. 5.

<sup>65</sup> Vgl. zur Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 329 ff.



im formellen Sinn zu regeln sind.<sup>66</sup> Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV ist die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen zulässig, sofern dies nicht von der Verfassung ausgeschlossen wird. Da eine solche Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen rechtsstaatlich in verschiedener Hinsicht heikel ist,<sup>67</sup> hat das Bundesgericht gewisse Schranken aufgestellt.<sup>68</sup> So darf die Gesetzesdelegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein; die Delegation muss in einem formellen Gesetz vorgesehen sein; die zu delegierende Materie ist auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet zu beschränken, und die Grundzüge der delegierten Materie müssen im formellen Gesetz selbst enthalten sein.

## 4.2 Bedeutung der Delegation

Im Bereich des Finanzmarktrechts kommt den Regelungen auf Verordnungsebene eine erhöhte Bedeutung zu.<sup>69</sup> Dies zeigt sich unter anderem darin, dass die von der FINMA erlassenen Verordnungen einen qualitativ als auch quantitativ wesentlichen Teil der Regulierung durch die Aufsichtsbehörde ausmachen.<sup>70</sup> Die Konkretisierung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erfolgt regelmässig durch die FINMA, auch wenn sie im Grundsatz nicht über eine selbständige Rechtsetzungskompetenz verfügt.<sup>71</sup> Der Bundesgesetzgeber ermächtigt die Aufsichtsbehörde jedoch unter dem Vorbehalt einer ausdrücklich eingeräumten Kompetenz durch die Finanzmarktgesetze zum Erlass von Verordnungen.<sup>72</sup> Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die FINMA ist sinnvoll, ja notwendig, denn gerade bei Gegenständen technischer Natur können Behörden den regulatorischen Bedürfnissen oft effizienter entsprechen als der Ge-

setzgeber.<sup>73</sup> Weitere positive Aspekte der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen bestehen darin, dass neben der Förderung der Sachgerechtigkeit eine besonders im Finanzmarktrecht gefragte Flexibilität sowie Reaktionsfähigkeit erreicht werden kann.<sup>74</sup> Gleichzeitig schafft der Gesetzgeber aber die Gefahr, dass die Behörde im Zuge der Konkretisierung eine unzulässige Erweiterung vornimmt und den Delegationsrahmen überschreitet.<sup>75</sup> Darüber hinaus erscheint der Mechanismus der Delegation unter Bezugnahme auf rechtsstaatliche Aspekte ebenfalls als problematisch. Dieses Vorgehen läuft dem im Legalitätsprinzip verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit zuwider, da durch die Tendenz zur Rahmengesetzgebung im Kapitalmarktrecht teilweise auch wichtige Inhalte der Exekutive zur Konkretisierung überlassen werden.<sup>76</sup>

## 4.3 Lösungsvorschlag

Um den mit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen verbundenen Problemen zu begegnen, könnte man die Möglichkeit einer *sunset clause* bei FINMA-Verordnungen ins Auge fassen. In diesem Rahmen wäre die Delegation eine zeitlich begrenzte Massnahme, indem die Delegationsnorm das Ausserkrafttreten der durch die FINMA erlassenen Verordnung festgelegt, wenn das Parlament die Verordnung nicht genehmigt oder ein gleichlautendes Gesetz beschliesst. Folglich könnte das Parlament eine ihm nicht genehme Verordnung zurückweisen und allenfalls Änderungsvorschläge anbringen.<sup>77</sup> Dagegen liesse sich einwenden, dass durch einen derartigen Mechanismus das Erlassverfahren verlängert und

<sup>66</sup> Vgl. BGE 131 II 13, E. 6.3.

<sup>67</sup> Hierzu III.4.2.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 128 I 327, E. 4.1; ferner Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Fn. 57), N 1872.

<sup>69</sup> Peter V. Kunz, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht, KSR 2014, 21–50, 30.

<sup>70</sup> BSK FINMAG/BEHG-Winzeler (Fn. 38), N 8 zu Art. 7 FINMAG.

<sup>71</sup> Christoph B. Bühler, Gewährartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2/2014, 25–34, 27; BSK FINMAG/BEHG-Winzeler (Fn. 38), N 3 ff. zu Art. 7 FINMAG.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMAG.

<sup>73</sup> Martin Karl Weber, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Bd. 111, Zürich 2013, 25.

<sup>74</sup> Dieter Gericke, Funktioniert der Rechtsstaat im Kapitalmarkt?, in: Hans Caspar von der Crone/Peter Forstmoser/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 363; Bühler (Fn. 71), 26.

<sup>75</sup> Dieter Gericke/Daniel Kuhn, Börsenrechtliche Offenlegungspflicht des Vermögensverwalters: Vorrang des Rechtsstaats im Kapitalmarktrecht, GesKR 1/2014, 93–103, 101.

<sup>76</sup> Siehe Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Fn. 57), N 171; Gericke/Kuhn (Fn. 75), 102.

<sup>77</sup> Andreas Auer, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, N 725.

verkompliziert würde. Um die zeitliche Verzögerung in Grenzen zu halten, wäre die Genehmigung in die Form eines nicht referendumpflichtigen einfachen Bundesbeschlusses zu kleiden.<sup>78</sup> Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Klausel ist es unerlässlich, dass für die Delegation eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht. Die FINMA kann keine Verordnungen gestützt auf Notrecht erlassen, da diese Kompetenz ausschliesslich dem Bundesrat vorbehalten ist.<sup>79</sup> Ohne Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage ist die FINMA nur dann zum selbständigen Verordnungserlass befugt, wenn sie sich auf die polizeiliche Generalklausel stützen kann, was mit Bezug auf die Watchlist kaum der Fall sein dürfte.<sup>80</sup>

Eine Alternative zu einem parlamentarischen Genehmigungsvorbehalt wäre die Einführung eines parlamentarischen Vetorechts. Hierbei hätte die FINMA ihre ausgearbeiteten Verordnungen dem Parlament vorzulegen, welches innerhalb einer bestimmten Frist entscheiden müsste, ob ein Verordnungs-veto zu beantragen sei.

Beide Instrumente würden den behördlichen Verordnungen mehr Legitimität verleihen und zugleich eine präventive Wirkung entfalten, da bereits das Wissen des Delegationsadressaten um die Zugriffsmöglichkeit des Gesetzgebers dazu führen dürfte, dass Verordnungsbestimmungen zurückhaltender formuliert und ausgelegt werden.

## 5. Verfahrensfragen

### 5.1 Rechtsschutz

Das Verwaltungshandeln kann grundsätzlich in rechtliches und tatsächliches Verwaltungshandeln unterteilt werden.<sup>81</sup> Letzteres zielt im Gegensatz zu den Rechtsakten nicht darauf ab, unmittelbare Rechtswirkungen zu begründen.<sup>82</sup> Die Watchlist ist durch ihren informellen Charakter gekennzeichnet<sup>83</sup> und begründet keine unmittelbaren Rechte und Pflichten der Betroffenen und ist deshalb dem gesetzlich nicht geregelten informellen Verwaltungshandeln – und somit dem tatsächlichen Verwaltungshandeln – zuzurechnen.<sup>84</sup>

Das Anlegen einer Datensammlung sowie Einträge in die Watchlist stellen demnach Realakte dar, zu welchen in Anwendung von Art. 25a VwVG der Erlass einer Verfügung der zuständigen Behörde verlangt werden kann, sofern ein schutzwürdiges Interesse besteht.<sup>85</sup> Solch ein schutzwürdiges Interesse ist insbesondere dort gegeben, wo ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen erfolgt.<sup>86</sup> Aufgrund der mit einem Eintrag verbundenen Grundrechtseingriffe verfügen Betroffene regelmässig über ein schutzwürdiges Interesse und können über Art. 25a VwVG ein Rechtsschutzverfahren mit entsprechender Parteistellung auslösen. Dies kann aber – wie auch das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall festhält – aufwendig und mit Mühen verbunden sein.<sup>87</sup>

Das entsprechende Rechtsschutzverfahren kann aber nur ausgelöst werden, wenn die betroffene Person überhaupt weiss, dass ein Eintrag über sie besteht. Insofern kommt der Information bei Einträgen in die Watchlist eine erhöhte Bedeutung zu, da dies die Grundvoraussetzung bildet, um sich gegen einen Eintrag zur Wehr setzen zu können.

### 5.2 Information der Betroffenen

#### 5.2.1 Informationspflicht

Vor dem zu besprechenden Urteil verfügten die von einem Eintrag Betroffenen gestützt auf die alte Datenverordnung über ein Auskunftsrecht, welches sich auch auf den Inhalt der Daten erstreckte.<sup>88</sup> Es fand sich jedoch keine Bestimmung, wonach die FINMA diese Personen von Amtes wegen hätte informieren müssen. Obwohl die FINMA versicherte, dass die Information der Betroffenen trotz fehlender ausdrücklicher Vorschrift die «aktuelle Praxis»<sup>89</sup> darstelle, kritisierte das Bundesgericht diesen Zustand zu Recht. Als Reaktion auf diese Kritik des Bundesgerichts hat die FINMA ihre Verordnung in dem Sinne angepasst, dass Betroffene von nun an im Falle eines Eintrags

<sup>78</sup> Art. 163 Abs. 2 BV.

<sup>79</sup> BGE 137 II 431, E. 3.2.1.

<sup>80</sup> BGE 137 II 431, 3.2.3.

<sup>81</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 65), N 842.

<sup>82</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 65), N 1408.

<sup>83</sup> Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 27), 80 f.

<sup>84</sup> Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 323.

<sup>85</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.7.

<sup>86</sup> BGE 140 II 315, E. 4.3.

<sup>87</sup> BGer 1C\_214/2016 vom 22. März 2017, E. 4.7.

<sup>88</sup> Art. 6 Datenverordnung-FINMA.

<sup>89</sup> Die FINMA zwischen Hammer und Amboss, NZZ-Online vom 24. März 2017.

von Amtes wegen schriftlich informiert werden.<sup>90</sup> Der wichtigste Grund, weshalb eine Mitteilungspflicht zu befürworten ist, besteht darin, dass alle möglichen Alternativen nicht praktikabel bzw. schlechter wären. Würde die FINMA eine Person gar nicht über einen sie betreffenden Eintrag informieren, müsste die Aufsichtsbehörde nach Stellenantritt intervenieren, was nicht in deren Interesse liegen würde.<sup>91</sup> Die verfahrensrechtlich wohl bestmögliche Lösung wäre die sofortige Durchführung eines Gewährsverfahrens mit allen Parteirechten auf Verlangen der Betroffenen, sobald die FINMA die gewährsrelevanten Informationen erhält. Diese Variante ist aber nicht praktikabel, weil eine Gewährsprüfung immer im Hinblick auf eine konkrete Stelle erfolgt und eine abstrakte Prüfung der Gewähr mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip kaum vereinbar wäre.<sup>92</sup> Aus dieser Perspektive wird auch ersichtlich, dass die im Hinblick auf eine neue Stelle korrumpierende Wirkung mit dem Eintrag an sich und nicht mit der blossen Information hierüber zusammenhängt.

### 5.2.2 Gewährsbrief

Bisher entschied die FINMA bei Einträgen in die Watchlist jeweils gleichzeitig, ob den Betroffenen ein sogenannter «Gewährsbrief» zuzustellen ist. Darin teilte die FINMA den Empfängern mit, dass Vorbehalte in Bezug auf deren Gewähr bestehen. Dadurch behielt sich die FINMA eine konkrete Gewährsprüfung im Falle des Antretens einer neuen Gewährsposition durch den Betroffenen vor.<sup>93</sup> Diese Gewährsbriefpraxis wurde in der Lehre teilweise deutlich kritisiert.<sup>94</sup> Es wurde insbesondere gerügt, dass ein Gewährsbrief zwar keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstelle, dieser das wirtschaftliche Fortkommen der betroffenen Person aber trotzdem beträchtlich erschwere und im Ergebnis einem fakti-

schen Berufsverbot gleichkomme.<sup>95</sup> Die im vorliegenden Urteil aufgestellten Restriktionen in Bezug auf das Führen der Watchlist sind auch vor diesem Hintergrund einzuordnen, und es ist anzunehmen, dass die Kritik am Instrument des Gewährsbriefs zu einer eher kritischen Beurteilung der Watchlist beigetragen hat. Die neu eingeführte Informationspflicht macht die Frage nach dem Versenden eines Gewährsbriefs obsolet, da eine Information bei Watchlist-Einträgen nun in jedem Fall zu erfolgen hat.

### 5.3 Fazit

Durch die neu eingeführte Informationspflicht erhalten Personen, über welche ein Eintrag in die Watchlist erfolgte, einen verbesserten Zugang zu einem allfälligen Rechtsschutzverfahren. Wenngleich das Wissen um einen Watchlist-Eintrag einem Stellenantritt in den meisten Fällen im Weg stehen dürfte, ist die Einführung einer Informationspflicht aus verfahrenstechnischen Gründen zu begrüssen. Gleichzeitig erübrigt sich mit der Einführung der Informationspflicht die Frage, ob dem von einem Eintrag Betroffenen ein Gewährsbrief zuzustellen ist.

## IV. Schlussbemerkungen

Die FINMA bewegt sich im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit in einem Spannungsfeld zwischen einer wirksamen Gewährsprüfung und der Wahrung der Rechte der Betroffenen. Das Bundesgericht stellte mit dem vorliegenden Entscheid klar, dass sich die Aufnahme von Verdachtsmomenten in die Watchlist auf keine gesetzliche Grundlage stützen lässt und ein solches Vorgehen gegen das Legalitätsprinzip verstösst. Durch die Anpassung der Datenverordnung zeigt die FINMA ihre Bereitschaft zur systemkonformen Ausgestaltung der Watchlist, was auch den Rückschluss auf eine verstärkte Sensibilisierung hinsichtlich Fragen der Einhaltung des Legalitätsprinzips zulässt.

Aufgrund der dargelegten schwerwiegenden Konsequenzen eines auf Verdachtsmomenten beruhenden Eintrags sind die diesbezüglich durch das

<sup>90</sup> Art. 5a Datenverordnung-FINMA.

<sup>91</sup> Urs Zulauf, Gewähr im Gericht, FINMA Sonderbulletin 2/2013, 30.

<sup>92</sup> Zulauf (Fn. 91), 30.

<sup>93</sup> Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 27), 81.

<sup>94</sup> Sabine Kilgus, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich 2007, N 644; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 8 N 83 f.

<sup>95</sup> Felix Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, S. 437 ff., 445; Sabine Kilgus, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – Grundlage für ethisches Handeln von Finanzintermediären? Abrufbar unter <[http://www.legis-law.ch/files/newsletter\\_03\\_07.pdf](http://www.legis-law.ch/files/newsletter_03_07.pdf)>.

Bundesgericht aufgestellten Restriktionen zu begrüßen, da hierdurch ein Ausgleich der Interessen im Sinne der Betroffenen stattfindet. Wo aber gesicherte Informationen über gewährsgefährdende Umstände vorliegen, ist das Interesse der Vertrauenswahrung des Publikums in die Beaufsichtigten und am Ansehen des Finanzplatzes höher zu gewichten.

Mit dem vorliegenden Urteil anerkennt das Bundesgericht auch die Notwendigkeit, der FINMA die für eine effiziente Aufgabenerfüllung erforderlichen

Mittel zur Verfügung zu stellen. Die konkrete Ausgestaltung dieser Instrumente delegiert der Gesetzgeber oftmals an die FINMA, wobei dieser Prozess verschiedene rechtsstaatliche Probleme mit sich bringt. Aus diesem Grund wäre ein stärkerer Miteinbezug des Gesetzgebers in den behördlichen Prozess der Konkretisierung wünschenswert, was sich mittels einer *sunset clause* oder eines parlamentarischen Veto-rechts herbeiführen liesse.